

Le maintien de l'équilibre économique et la régulation de l'impact des circonstances extérieures au contrat ou du fait du Concédant, pierres angulaires des concessions de service public et contrats assimilés

©Serge WORTHALTER, Avocat au Barreau de Paris

Membre du groupe de travail sur les PPP©

serge@worthalter-cabinet.avocat.fr

worthalter.net

Les contrats de concession de service public parce qu'ils sont prévus sur long terme méritent particulièrement d'être adaptés au fil du temps lorsque les conditions économiques, juridiques, techniques, législatives ayant présidé à leur négociation et signature ont évolué.

La loi, la jurisprudence, la pratique ont envisagé plusieurs techniques juridiques à cet effet et il est prudent et utile d'insérer au contrat un ensemble de clauses contractuelles régissant l'impact des circonstances extérieures ou du fait de l'autorité publique.

La question n'est pas évidente car dans l'ensemble des systèmes juridiques prévaut la doctrine de la sainteté du contrat signé, de son immutabilité, expression de la volonté des parties. C'est la règle latine « pacta sunt servanda », les contrats doivent être honorés par les parties supposées connaître leurs droits et être bien conseillées, elles ne pourraient impunément revenir sur l'accord donné et le juge saisi ne saurait modifier le contrat ou l'interpréter.

Pourtant les contraintes à long ou moyen terme peuvent remettre en cause l'équilibre des droits et obligations des parties et rendre nécessaire l'adaptation du contrat. C'est l'application d'une autre règle latine « rebus sic stantibus » (le contrat vaut aussi selon ses circonstances de signature, d'autres circonstances pouvant modifier l'accord initial)

La loi quand le système national l'admet et/ou la jurisprudence ont permis cette adaptation par la théorie de l'imprévision ou « frustration » en droit anglo-saxon en encadrant de façon stricte cette possibilité quasiment réservée aux seuls cas de bouleversement de l'équilibre économique du contrat ou d'importante modification des obligations d'une des parties.

Distinguons tout d'abord l'imprévision d'autres cas dans lesquels l'une des parties ou les deux ne peuvent plus assumer leurs obligations contractuelles d'origine suite à un imprévu : on pense à la force majeure.

Elle dispense les parties d'exécuter leurs obligations tant que dure l'événement qui les en empêche, cet événement devant la plupart du temps être notifié selon forme prescrite.

L'événement doit être selon la loi ou la jurisprudence insurmontable, imprévisible, au-delà du contrôle des parties.

Si le contrat en conséquence ne peut plus être exécuté du tout, les parties sont libérées de responsabilité sans imputation de faute et il peut y avoir résiliation.

Le cas d'imprévision est différent : souvent non prévu des parties lors de la signature du contrat, dépassant parfois leur contrôle, il n'empêche pas en soi et toujours l'exécution, il peut la rendre bien plus onéreuse ou rendre non profitable pour une partie son exécution.

Aussi la loi et la jurisprudence selon les pays admettent-ils l'imprévision en cas de bouleversement de l'équilibre économique du contrat.

Toute évolution économique ou autre des obligations d'une partie aggravant sa charge financière ne constitue pas pour autant un cas d'imprévision : les clauses techniques d'indexation de prix ou cours quand elles sont permises sont censées régler ce cas. Il s'agit de cas prévisibles ou dont les conséquences ont bien été envisagées par les parties.

De même les clauses de répartition des risques dans le contrat sont censées avoir aménagé clairement qui supporte quelle obligation supposée la maîtriser le mieux et si l'exécution devient plus onéreuse voire même non profitable cette partie est censée s'exécuter.

On vise ici en cas d'imprévision un « bouleversement de l'équilibre du contrat », non prévu voire non prévisible lors de la signature, rendant l'exécution impossible, extérieure aux parties ou du fait de l'autorité publique.

La cause d'imprévision en pratique n'est pas toujours aisément distincte des autres cas précités et sa définition s'en trouve délicate. Viser des comptes ou des prévisionnels d'exploitation tels qu'envisagés par les parties lors de la signature peut s'avérer fort utile pour démontrer le bouleversement dans l'équilibre du contrat en fonction de certains facteurs survenus depuis.

Par exemple, le droit à indemnisation du concessionnaire est admis par le Conseil d'Etat si l'autorité publique aggrave ses obligations sans que cela ait pu être raisonnablement prévu, à supposer qu'il ne soit pas en tort.

Les parties ayant souvent passé beaucoup de temps à négocier et signer de tels contrats, et ayant a priori des intérêts communs suffisamment forts pour éviter une résiliation, la loi et/ou la jurisprudence tentent grâce à l'imprévision de rétablir au mieux l'équilibre rompu ou d'indemniser la partie gravement lésée.

Maintenant que le problème de l'adaptation est posé envisageons de définir les cas où ce genre de clauses pourrait s'appliquer, les conditions (I), les modalités de leur constat en vue de leur mise en œuvre(II) (qui constate que le cas se produit, comment au plan procédure, dans quel délai ?) quelles conséquences en tirer sur l'exécution du contrat(III).

I) le fondement et les conditions de l'adaptation du contrat :

A) fondement :

Le droit français et les Principes Généraux Unidroit consacrent une obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat, de coopération entre parties, un engagement à ce que la loi, l'usage ou l'obligation impliquent même si tout ce à quoi on est obligé n'est pas écrit(art 1134 du Code civ).

L'article 6-2-1 et 2 rappelle qu'une exécution plus lourde ne dispense pas d'exécuter ; la bonne foi amène à renégocier ce qui n'était pas prévu au début. On vise un événement postérieur n'ayant pu raisonnablement être prévu, dont les risques n'étaient pas assumés.

Le fondement peut être l'équité aussi.

Cette obligation se comprend d'autant s'agissant de contrat échelonnés à moyen ou long terme supposés basés sur la confiance, le partenariat, le partage des profits mutuels, idéalement des contrats dits « gagnant gagnant », difficiles à négocier et qu'il faut sauver au mieux en cas de contentieux pour leur conserver leurs effets .

Le souci majeur est d'encourager l'investissement, de protéger le contrat, le sécuriser.

La loi permet déjà dans certains cas au juge d'adapter un contrat : l'art 1244 du Code civil permet au juge d'accorder des délais au débiteur s'il éprouve une difficulté d'ordre économique justifiée à s'exécuter, l'art 1153 du Code civil lui permet de modifier la clause apparentée à clause pénale ; le droit anglo-saxon pratique la clause dite de « hardship » permettant au juge de modifier le contrat, mais on peut débattre sur la marge de latitude du juge, et supposer que les parties auraient au préalable accepté dans leur contrat une telle intervention.

On envisage ici un événement non prévisible par les parties alors qu'a priori, « pacta sunt servanda » dit encore l'art 62 de la Convention de Vienne sur les traités du 23/5/1969, ce qui est signé est signé et doit être exécuté.

Le droit anglais ne connaît pas l'imprévision de droit français, il parle plutôt de résiliation (« frustration ») si le contrat s'avère trop onéreux à exécuter pour une partie.

Depuis 1916 le droit administratif français admet l'indemnisation d'un concessionnaire par une hausse de tarifs NON CONVENUE au profit du concessionnaire, alors que le juge civil est longtemps resté plus réservé, imposant le respect du contrat en tout état de cause.

La motivation importante est la « nécessité d'assurer la continuité du service public ».

La théorie administrative française est riche d'expérience, a su tôt s'interroger sur cette question de l'anticipation du changement de l'équilibre initial du contrat. Elle admet une responsabilité sans faute s'il y a modification unilatérale du contrat, un droit au maintien de l'équilibre financier du contrat.

Le droit belge par ex refuse aussi par principe de modifier le contrat sauf loi spéciale.

L'art 6-2-2 des Principes UNIDROIT parle d' « altération fondamentale de l'équilibre des obligations (prestations) »

Il s'agit donc de cas très restrictifs pour adapter le contrat, à distinguer d'une simple renégociation, d'une résiliation, d'une réévaluation par le juge ou les parties comme déjà cité en introduction.

B) conditions :

Il faut une modification sensible de ce que les parties avaient prévu : on tente de renégocier et à défaut il y aura résiliation par le juge et/ou les parties. On pourrait on l'a déjà vu s'en tenir à ce que prévoient les clauses de répartition de risques et dire qu'une exécution plus onéreuse voire très onéreuse fait partie de ce qui a été envisagé lors de la signature de l'ensemble contractuel ; mais il faut bien voir quelle stratégie on veut choisir, veut-on résilier le contrat ou tenter de rétablir son équilibre économique avec l'aide d'un juge si nécessaire.

Il s'agit d'un risque dépassant celui normalement assumé au contrat : prévoir un certain pourcentage de dépassement par rapport aux conditions d'origine serait très utile.

Il est prudent d'insérer de telles clauses pour stabiliser le contrat, renforcer la sécurité juridique, la confiance et prévoir une exécution entre-temps malgré cette situation tant que dure le contentieux ou que des remèdes ne sont pas trouvés. Ce point pourra certes être sensible à négocier.

Il est difficile selon les pays et les secteurs économiques de conseiller une clause unique comme modèle, elle serait ou trop générale donc inadaptée ou trop précise donc trop rigide peut-être. On peut s'orienter cependant vers une ligne directrice des clauses opportunes.

En RFA, Suède, Danemark, Norvège un risque subjectif est mentionné non envisagé par les parties ; l'art 1467 du code civil italien mérite réflexion, on adapte ou résilie en cas d'événement extraordinaire (cf. Principes précités art 6-2-3) et la majorité des systèmes juridiques semble s'orienter vers une conception objective.

L'Algérie(art 107 du Code civil), l'Egypte, la Syrie inspirées du Code et du système français l'admettent ¹: on a déjà dit que pour être prévue au contrat, encore faut-il en préalable que le système juridique national en cause lui-même l'admette.

On pourrait penser que si ledit système admet l'imprévision, la clause est superflue : ce qui est écrit en forme de clauses est cependant toujours plus prudent et facilite le traitement du litige.

La Grèce, la Pologne lui conservent un caractère exceptionnel.

Le code civil hongrois (art 241) vise une aggravation de l'obligation du débiteur non prévue, non imputable à l'un ou l'autre d'où l'intérêt là encore de contractualiser les prévisionnels de base.

¹ Juridictionnaire précité

La « frustration » du droit anglais correspond plutôt au cas où le contrat devient différent de celui d'origine² : là encore il faut distinguer de la force majeure, la faute de personne n'est invoquée en cas de « frustration ».

Le contrat est résilié pour l'avenir, la partie invoquant un préjudice antérieur à ladite résiliation ou un enrichissement indû de l'autre partie peut l'invoquer sous certaines conditions.

En général, les différents droits requièrent un événement irrésistible, insurmontable, imprévisible, extérieur aux parties pour retenir la force majeure³ : cela fait penser aux conditions de l'imprévision (événement imprévu, irrésistible, modifiant le contrat...) sauf que le contrat ne peut être exécuté s'il y a force majeure et cela sans faute alors qu'en cas d'imprévision, le contrat peut encore être exécuté mais au prix d'un bouleversement de son équilibre⁴ économique au détriment d'une partie .

- II) **Modalités de constat de l'imprévision** : le débat n'est pas toujours aisé selon les secteurs économiques ou les pays de savoir qui peut ou doit constater l'imprévision, c'est la question de l'autorité de régulation, le juge doit-il jouer ce rôle ou une autorité indépendante spécifique (avec quel statut et pouvoirs) ? on en parle plutôt dans le secteur de l'électricité, de l'eau, du gaz.

Si les parties précisément entendent éviter une telle ingérence d'un tiers ou d'une autorité de régulation, elles ont intérêt à prévoir au contrat les clauses en ce sens permettant de rétablir l'équilibre rompu par négociation entre elles ou contrôle d'un juge.

Faut-il s'adresser à un tiers, un arbitre ? que vaudra en droit cette décision ? Il appartient aux parties là encore de préciser ces points dans leurs clauses.

III) **conséquences** :

L'adaptation quasi-automatique peut résulter d'une clause d'indexation dès lors qu'il y a bien eu modification dans les termes de ladite clause des facteurs d'origine du contrat ; l'imprévision par contre est sans effet automatique. Elle amène à renégociation car on se heurte à un événement imprévisible permettant de mettre en jeu la clause. On va essayer quand même d'exécuter le contrat, alors qu'en cas de force majeure, le cas est imprévisible mais il n'y aura pas possibilité d'exécuter le contrat.

² Abby Kadar, Business Law p 175 à 177

³ livre XX p 133 juri-dictionnaire précité

⁴ voir la décision arbitrale p 97 à 109 12 Yearbook com arb 1987

En cas de « hardship » (exécution rendue plus onéreuse) il y a renégociation du contrat⁵, en cas de force majeure suspension sans faute ou résiliation, en cas d'imprévision il y a possibilité d'exécuter mais à charge de compenser la partie gravement lésée.

Il faut surveiller aussi que le contrat, tel que renégocié ou compensé, ne viole pas les règles de transparence et respecte celles de la concurrence prévalant dès l'origine sinon des sanctions sont risquées.

CONCLUSION :

Il faut rechercher et c'est complexe ce qui a été voulu dès l'origine par les parties.

Les parties sont censées continuer de s'exécuter en tout cas sauf à avoir prévu une clause expresse de suspension notamment en vue de négociations ou d'exécution à des conditions minimum avec ou dans date butoir comme délai avant suspension totale.

Il faudra surveiller au plan de la forme si en cas de renégociation un simple avenant suffit ou s'il ne faut pas rédiger un nouveau contrat.

Bibliographie :

Fascicules :

Juri-Dictionnaire JOLY, contrats internationaux, édition 2007 Tome 1, Livre V Chapitre I
Béatrice BOURDELOIS

Jurisclasseur juriscompact « Les collectivités territoriales et leurs contrats » édition 2002,
1079 p

GLN GIDE LOYRETTE NOUEL Contrats internationaux pages 4 à 8 éd 2007 « approches contractuelles dans les contrats internationaux »

Clause modèle d'imprévision CCI livre XXI annexe 1 juri-dictionnaire Joly précité

Principes généraux Unidroit

Yearbook com arb 12/ 1987 p97 à 109

Ouvrages :

ABBY KADAR et autres, Business Law 4ème éd 1996 513p Made simple Books

Butterworth, sur la « frustration »

B du MARAIS Article Public Private Partnerships p52 Guide édité pour la rentrée du Barreau de Paris Lamy oct 2005

BERGERE Francois et autres, Le guide opérationnel des PPP , 2ème édition Le Moniteur,
juin 2007 357 p

JUDGE Stephen, Business Law, 2ème éd, Macmillan, 1999, 596p sur la frustration p 101-3 et s

LICHERE François et autres, Pratique des partenariats public-privé LITEC JUIN 2006 216 P

LIGNIERES Paul, Partenariats public-privé LITEC 2ème édition nov 2005 440 p

MORETEAU Olivier , Droit anglais des affaires, Dalloz, 1ère éd, juillet 2000, 555p,
p372snos 637s sur la frustration

Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique, IGD DEXIA , La documentation française, nov 2006, 283p

⁵ MORETEAU Olivier ? Droit anglais des affaires précité, p372s